Das eigenhändige Testament

des römischen Rechts

und seine rechtsgeschichtliche Bedeutung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Königlichen Universität Breslau

vorgelegt von

Martin Wasser,

Referendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Berlin 1901.

Druck von Wilhelm Pilz, Berlin N.O., Landsbergerstrasse 108.

Meinen Eltern

in

kindlicher Liebe und Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0162

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Andreae im Archiv für civilistische Praxis Bd. 4. „Beitrag zur Lehre vom *Testamentum parentum inter liberos.*“

Beseler, Griechisch-deutsches Wörterbuch.

Brock, Das eigenhändige Testament 1900.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 1887, 1. Bd.

von Bülow, Abhandlungen über einzelne Teile des bürgerlichen Rechts Bd. I und II, 1817 und 1818.

— und **Hagemann**, Praktische Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Aufl. 1815, III. Bd.

von Buchholtz, Die Lehre von den Prälegaten 1850.

Chabot de l'Allier, Questions sur le Code Napoléon 1809, Bd. 2.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts 1. Bd. 2. Aufl. 1899, 2. Bd. 1. u. 2. Aufl. 1899/1900.

Conrat, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter Bd. I.

Dahn, Westgotische Studien 1874.

— Die Könige der Germanen Bd. 6 1871, Bd. 8 Abt. 4 1899.

Dernburg, Pandekten 5. Aufl. 1896/1897.

Deutsche Juristen-Zeitung 6. Jahrgang 1901 Nr. 22.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3.—5. Auflage 1898/1899/1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts (die näher citierten Bände).

Entscheidungen des O.A.G. zu Rostock 9. Bd. 1879.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts II. Bd. 1. Heft 1901.

Euler, *De testamento et divisione parentum inter liberos* 1820.

Fein bei Glück Bd. 44, 45, 1870.

Fischer und Henle, Das bürgerliche Gesetzbuch 4. Aufl. 1900.

Fritz, Versuch einer historisch-dogmatischen Entwickelung der Lehre von dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern 1822.

Frommhold, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche, Erbrecht 1900.

Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Bedeutung Bd. 3. 1829.

Grolmann und von **Löhr**, Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 3. Bd. 1820.

Hänel, *Dissensiones dominorum* 1834.

Havet, Questions Mérovingiennes 1. Bd. 2. Buch 1885.

Heumann, Handlexikon zu den Quellen 8. Aufl. 1895.

Hölder, „Das eigenhändige Testament" in Iherings Jahrbuch für Dogmatik Bd. 41 Heft 4 und 5.

Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts 3. Aufl. 1864 2. Bd.

Ihering, Geist des römischen Rechts 5. Aufl. 1899 2. Bd. 2. Abt.

Laferrière, Histoire du droit civil de Rome et du droit français Bd. 2 1846, Bd. 5 1858.

von **Löhr** im Archiv für civilistische Praxis Bd. 2, Heft 2, Nr. 14, 5

Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts 3. Aufl. 1820.

Mantey, Das Erfordernis richtiger Datierung des eigenhändigen Testaments in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 641 ff.

Matthiae, Kontroversenlexikon des römischen Civilrechts 2. Teil 1859.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3. Aufl. 2. Bd. 1900.

Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem B.G.B. 1900.

Lüder-Mencken (**Fielitz**), *Disputatio iuridica de codicillis parentum inter liberos ex privilegio conditis* 1701.

Meyer und **Reiss**, Lehrbuch des Familien- und Erbrechts 1900.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich 1888 Bd. 5.

Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 1841.

Mugdan, Materialien zum B.G.B. 1899 Bd. 5.

Nettelbladt, Rechtssprüche des O.A.G. zu Parchim 4. Bd. 1834.

Otto, **Schilling**, **Sintenis**, Das *Corpus Iuris Civilis* ins Deutsche übersetzt.

Pfaff und **Hofmann**, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche 1877 2. Bd. 1. Abt.

Protokolle zu dem Entwurfe des B.G.B. 1897 Bd. 5.

Puchta, Pandekten 12. Aufl.

Savigny, Geschichte des römischen Rechts 2. Ausg. 1834 1. Bd.

Scherer, Erbrecht des B.G.B. 1900.

Schröder, H., *Dissertatio inauguralis de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus* 1819.

Schulte, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte 5. Aufl. 1881.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (die näher citierten Bände).

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht 3. Aufl. 3. Bd.

Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des O.A.G. zu Kassel 1846 4. Bd.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuchs 2. Aufl. 1900.

Valett, Ausführliches Lehrbuch des praktischen Pandektenrechtes 1829 3. Bd.

Vering, Römisches Erbrecht 1861.

Voet, *Comentarius ad Pandectas* 1769.

Warnkönig und Stein, Französische Rechtsgeschichte 1875 Bd. 2.

Wilke, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Kommentar 1900 Bd. 5.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes 7. Aufl. 1891 3. Bd.

Zachariae von Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts 6. Aufl. 4. Bd.

Zopotos, Zur Geschichte des *Testamentum parentum inter liberos* 1874.

Zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstage. Stenographische Berichte 1896.

Inhaltsverzeichnis.

Erster Abschnitt.

Römisches und gemeines Recht.

I. Ordentliche Testamentsform . . . . . § 1.

II. *Testamentum parentum inter liberos.*

a) Die Gesetzgebung bis zur Novelle 107 . . . . § 2.

b) Das Ascendententestament der Novelle 107 und des gemeinen Rechts.

1. Errichtung . . . . . § 3.

2. Aufhebung . . . . . § 4.

3. Bedeutung . . . . . § 5.

Zweiter Abschnitt.

Rechtsgeschichtliche Bedeutung.

I. *Lex Romana Visigothorum* . . . . . § 6.

II. *Lex Visigothorum nova collectio* . . . . . § 7.

III. Französisches Recht bis zum *Code civil* . . . . . § 8.

IV. Kodifikationen des neunzehnten Jahrhunderts . . . . § 9.

Erster Abschnitt.

Römisches und gemeines Recht.

I. § 1. Ordentliche Testamentsform.

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich hat ein bisher in grossen Teilen Deutschlands gänzlich unbekanntes Rechtsinstitut, „Das eigenhändige Testament", als ordentliche Form der letztwilligen Verfügung aufgenommen.

Dadurch ist von neuem die Aufmerksamkeit auch auf die Geschichte des eigenhändigen Testamentes gelenkt.

Besonderes Interesse kann die Stellung des römischen Rechtes, der Mutter der modernen Rechte, zu diesem Rechtsinstitute beanspruchen.

Darum soll in folgendem versucht werden, ein Bild der Entwicklung des eigenhändigen Testamentes des römischen Rechtes und dessen geschichtlicher Bedeutung zu geben. Es muss dabei die holographische Testierform in ihrem Auftreten als ordentliche und ausserordentliche gesondert betrachtet werden.

2. Die Spuren der ordentlichen eigenhändigen letztwilligen Verfügung sind im römischen Rechte spärlich und nur vorübergehend zu finden.

Denn bis zum Jahre 446 n. Chr. gab es kein *testamentum holographum ordinarium,* und in das Justinianische Recht ist es nicht mehr übernommen.

Das eigenhändige, ohne Zuziehung von Zeugen und ohne Benutzung der Oeffentlichkeit oder der Behörden abgefasste Testament wurde durch eine Novelle Valentinian III. im Jahre 446[1]) eingeführt. Die *occasio legis* ist nicht uninteressant.

Eine auf ihrem Landsitze weilende vornehme Frau, namens Micce, konnte die zur Errichtung eines Testamentes erforderliche Anzahl von Zeugen nicht auftreiben. Sie fasste daher ein eigenhändig geschriebenes Schriftstück ab und gab dieses ihrem Neffen Caesarius. Dieser händigte es der in der Verfügung eingesetzten Erbin, einer gewissen Pelagia, ein. Die *illustris heres* nahm aber keine Erbschaftshandlung vor und rief die Entscheidung des Kaisers an. Diese Thatsache lobt Valentinian ausserordentlich. Mir ist nicht ganz ersichtlich, aus welchem Grunde. Denn die Bescheidenheit der Pelagia und ihre Ehrfurcht vor dem Kaiser ist ganz selbstverständlich. Sie musste sich doch darüber klar sein, dass ihre Einsetzung zur Erbin rechtlich nicht wirksam sei, und sie somit gewärtig sein müsse, dass die Intestaterben die *hereditatis petitio* anstrengten. Nur der Kaiser konnte ihr ein unanfechtbares Recht gewähren.

Jedenfalls sah Valentinian sich veranlasst, um die Gewissenhaftigkeit der Pelagia zu belohnen, das Testament der Micce für rechtsgültig zu erklären. Es heisst in der betreffenden Konstitution:

> *Ne tamen huius statuti salubritatem generi negemus humano, mansura iugitur lege decernimus, ut, quisquis per holographam scripturam supremum maluerit ordinare iudicium, habeat liberam facultatem. Multis enim casibus saepe contingit, ut morientibus testium numerus et copia denegetur. Quibus erit de legibus nostris*

---

[1]) *Novellae Valentiniani* III tit. 20, 2 (ed. Hänel p. 194)

inter ipsa vitae deficientis pericula causatio, si propriae manus literis scribere, quos voluerint, non sinantur heredes. Aliis testes itinerum necessitas, aliis solitudo villarum, aliis navigatio servis tantum comitibus expetita subducit.

Alivrum testatas esse prohibent voluntates hi qui, velut obsessos, conclavibus suis solent custodire languentes. Nostrae posthac beneficio sanctionis intestatus nemo morietur, cui fuerit sollicitudo testandi, late viam supremis aperimus arbitriis: si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus. Scripto enim taliter sufficiet heredi, asserere etiam sine testibus fidem rerum, doummodo reliqua congruere demonstret, quae in testamentis debere servari tam veterum principum, quam nostrae praecipiunt sanctiones, ut in hereditariorum corporum possessionem probata scripturae veritate mittatur . . . .

Diese Novelle schreibt nur vor, dass das Schriftstück ein eigenhändiges sei. Wir werden wohl annehmen müssen, dass es ganz selbst geschrieben sein muss. Nicht erforderlich scheint, dass der Testator die Verfügung auch unterschreibt oder das Datum und den Ort der Errichtung hinzufügt.

Die Bedeutung dieses *testamentum Valentinianum* wird oft nicht genügend gewürdigt. Denn wenn auch die Novelle 20 in die Justinianische Sammlung nicht aufgenommen worden ist, wenn sie daher auch im gemeinen Rechte nicht gegolten hat – vielleicht weil sie im östlichen Teile des Reiches gar nicht publiziert worden ist[1]), so wird sich doch später zeigen, von welchem Einfluss sie auf die

[1]) Vering, Römisches Erbrecht S. 224.

Entwicklung des späteren und des heutigen Testamentsrechtes gewesen ist.

3. Berücksichtigung verlangt jedoch noch der Umstand, dass es im römischen Rechte eine lange Zeit hindurch, bevor das *testamentum Valentinianum* galt, möglich war, durch ein eigenhändiges Schriftstück den gleichen Erfolg zu erzielen, wie durch ein formgerechtes Testament.

Bis Konstantin nämlich erforderten Kodizille keinerlei Form[1]), konnten also auch holographisch abgefasst werden[2]). Konstantin verlangte dann für Intestatkodizille die Zuziehung der gleichen Anzahl von Zeugen, wie für Testamente[3]). Seit Theodes II. galt dies für alle Kodizille[4]), und Justinian beliess es wenigstens bei fünf Zeugen.

So lange Kodizille keiner Form bedurften, war also ein bequemes Mittel gegeben, den Erfolg einer Erbeseinsetzung zu erreichen, ohne dass man einen Zeugen hinzuzuziehen brauchte. Denn man konnte durch die Errichtung von Universalfideikommissen dasselbe praktische Resultat erreichen, wie durch Erbeseinsetzung. Namentlich war dies nach Erlass des *sc. Trebellianum* und *Pegasianum* der Fall.

Wenn aber auch gar kein Kodizill, sondern ein Testament beabsichtigt war, konnte bis Konstantin ein als Testament errichtetes eigenhändiges Schriftstück mit Hülfe der *clausula codicillaris* aufrecht erhalten werden. Diese bot dem Erblasser „ein Schutzmittel gegen die Gefahr der Vereitelung seines Testamentes wegen Ungültigkeit“[5]). Es

---

[1]) **Fein bei Glück Bd. 44 S. 339, 340, 365 ff.**

[2]) **l. 6 §§ 1, 2, D. *de iure codicillorum* 29, 7 etc. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Bd. S. 260 A. 3. — Zu beachten ist, dass im römischen Recht *testamentum holographum* jedes eigenhändige Testament heisst, auch dasjenige, bei welchem noch andere Formen zu erfüllen sind.**

[3]) **l. 1 C. *Th. de testamentis* 4, 4.**

[4]) **l. 7 § 2 C. *Th. h. l.***

[5]) **Dernburg, Pandekten Bd. 3 S. 186.**

ist zur Erreichung dieses Zweckes nicht der Gebrauch einer bestimmten Formel von nöten, vielmehr „genügt jede Willensäusserung“ [1]).

Da aber die Verfügung nur Erfolg haben kann, wenn sie die für Kodizille gegebenen Erfordernisse aufweisst, so ist die erwähnte Klausel nur, so lange die Kodizille formlos sein konnten, im stande, ein eigenhändiges Schriftstück als Kodizill aufrecht zu erhalten.

Sind die Voraussetzungen der Umwandlung einer als Testament gedachten Verfügung in ein Kodizill — in der Regel naturgemäss in ein Intestatkodizill [2]) — kraft der Kodizillarklausel vorhanden, so werden die Erbeseinsetzungen als Universalfideikommisse angesehen [3]). Der praktische Erfolg der Willensanordnung bleibt also der gleiche, wie wenn sie als Testament Bestand gehabt hätte.

II. *Testamentum parentum inter liberos.*

a) § 2. Die Gesetzgebung bis zur Novelle 107.

1. Ein *testamentum parentum inter liberos* kann von sehr verschiedener Bedeutung sein, je nachdem die privilegierte Form für alle Intestaterben — also eventuell auch für Enkelkinder —, nur für eigene Kinder oder nur für *sui* gilt.

Stets stand es dem Erblasser frei, in formgerechten letztwilligen Verfügungen Bestimmungen über die Teilung seines Nachlasses zu treffen [4]); besonders wurde bezüglich der Kinder von dem Rechte solcher Anordnungen Gebrauch

---

[1]) Dernburg a. a. O. S. 187.

[2]) Fein a. a. O. Bd. 45 S. 264 f.

[3]) l. 88 § 17 D. *de legatis* II.

[4]) Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 152.

gemacht. Selbstverständlich waren diese Verfügungen nur dann unanfechtbar, wenn der Pflichtteil und die *quarta Falcidia* durch sie nicht verletzt wurden.

2. Ein besonderes Recht für solche Dispositionen zu Gunsten der Kinder dürfte zuerst in einer Konstitution der Kaiser Diokletian und Maximian vom Jahre 293 zu erkennen sein. Diese (l. 16 C. *familiae herciscundae* 3, 36) lautet:

> *Filii patris testamentum rescindendi, sihoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem, sed si tam circa testamentum quam etiam codicillos iudicium eius deficiat, verum quibuscumque verbis voluntas eius declarata sit, licet intestato ei fuerit successum, ex senatus consulto retentionis modo servato familiae erciscumdae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem oportere iuris auctoritate significatur.*

Die Bedeutung dieser Verordnung ist die, dass eine väterliche Anordnung gültig sein soll, auch wenn weder die Errichtung eines Testamentes, noch die eines Kodizilles beabsichtigt war, sondern nur eine Bestimmung über die Verteilung des Nachlasses[1]). Die Erben bleiben hier Intestaterben; nur eine Teilung der einzelnen Gegenstände des erblasserischen Vermögens unter sie findet statt. Eine Gleichheit unter den Erben braucht solche Disposition nicht zu wahren; eine Schranke allein muss der Testator einhalten, er darf das Pflichtteilsrecht nicht verletzen[2]).

---

[1]) Mühlenbruch a. a. O. S. 155; Euler, *de testamento et divisione parentum inter liberos* § 2; Fritz, Versuch einer historisch-dogmatischen Entwickelung der Lehre von dem Testamente der Eltern unter ihren Kindern S. 20 ff.

[2]) Mühlenbruch a. a. O. S. 156; Bülow, Abhandlungen über einzelne Teile des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 175.

Eine Erweiterung erfährt die hier geschilderte Berechtigung durch eine Verordnung von Konstantin aus dem Jahre 321 (l. 1 C. *Th. de familia herciscunda* 2, 24)[1]), in welcher angeordnet wird, eine Verfügung, welche als Testament beabsichtigt sei, wegen eines Mangels aber als solches Geltung nicht haben könne, solle doch insofern Bestand haben, als „sie sich auf *sui* oder auf solche Descendenten beziehe, welche nach prätorischem Recht als *sui* succedieren können", d. h. also auch bezüglich der *emancipati,* die vom Prätor als *sui* fingiert wurden[2]). Es kommt nicht darauf an, was für Mängel vorliegen. So kann der Ausdruck unzutreffend, der Wille unvollständig erklärt, die Form gar nicht oder nur teilweise erfüllt sein. Gedacht ist hier nur an Dispositionen des Vaters auf Grund der väterlichen Gewalt. Denn nur der Vater hat *sui,* nur dieser wird nach prätorischem Rechte von den den *sui* gleich gestellten *emancipati* beerbt.

Zweifelhaft bleibt, ob die Verfügung als Testament aufrecht erhalten wird, oder nur als Kodizill — gewissermassen kraft *ex lege* zu ergänzender Kodizillarklausel —. In letzterem Falle würde — wie nach früherem Rechte — die Intestaterbfolge eintreten. Dieses scheint mir auch vom Gesetzgeber gewollt zu sein, denn mehrfach spricht er von einer *divisio rerum*[3]).

---

[1]) **Es heisst dort:** *Quamobrem, cum filiis ac nepotibus civili iure vel auxilio praetoris, ut suis heredibus defuncti successio deferatur, etiamsi coeptum neque impletum testamentum esse memoretur, velsi ab utilitate verborum vel solemnitate iuris inanis scriptura esse dicatur, considerari specialiter voluntatem placet, et obsecundari protinus, cum res dividentur, nec retineri amplius quam quod singulorum personis detegeretur adscriptum, ut et memoria defuncti non videtur parentis, et occasiones litium dirimantur.*

[2]) **Mühlenbruch a. a. O. S. 157; Fritz a. a. O. S. 22 bis 26; Vering a. a. O S. 230 f.**

[3]) **cf. auch Euler a. a. O. §§ 7, 8, 9 Anm. 9; Fritz a. a. O. § 16; Mühlenbruch a. a. O. S. 158, 159.**

Nach Bülow[1]) hätte dann Konstantin durch eine Verordnung aus dem Jahre 327 das bisherige Recht in doppelter Beziehung geändert. Durch die l. 2 C. *Th. de familia herciscunda* 2, 23[2]) soll die bisher nur dem Vater gewährte Befugnis auch der Mutter zugestanden, und damit die Beschränkung des Privilegs zu Gunsten der *sui* fallen gelassen worden sein. Mir scheint jedoch eine solche Auslegung der Konstitution zu weit zu gehen. Wie schon erwähnt, stand es ja dem Erblasser stets zu, Anordnungen über die Verteilung seines Nachlasses letztwillig zu treffen. Hier jedoch liegt dieser Fall nicht einmal vor. Die Mutter hat ihr Gut zu Lebzeiten verteilt (allerdings wird davon gesprochen, dass ihr Wille bis zu ihrem Tode der gleiche sein müsse); daher ist meines Erachtens die l. 2 bei der Besprechung der eigenhändigen letztwilligen Verfügung ohne Interesse.

3. Erweitert wurde das Recht des *testamentum parentum* durch Vorschriften, welche Theodosius II. in seiner Verordnung über die Testamentsform[3]) im Jahre 439 erliess, bezw. durch den Ausbau dieser Bestimmungen. Die betreffende Konstitution befindet sich in der Justinianischen Sammlung als l. 21 § 3 C. *de testamentis* 6, 23 — auf welche ich übrigens bei anderer Gelegenheit zurückkommen werde. In der l. 21 heisst es, nachdem gesagt ist, ein Testament, welches von den Zeugen nicht unterschrieben und versiegelt sei, sei ein unvollständiges, weiter:

> *Ex inperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti nisi inter solos liberos (a parentibus utriusque sexus) habeatur, non volumus.*

---

[1]) **a. a. O. S. 181.**

[2]) *Si praecipiente matre bona eius inter se liberi diviserint placuit omnifariam huiusmodi divisionem durare, si modo usque ad extremum eius vivendi spatium voluntas eadem eius perseverasse doceatur.*

[3]) a. a. O. § 5.

(Si vero in huius modi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est eam voluntatem, quantum ad illam dumtaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis adcrescere.)

Die eingeklammerten Worte fehlen in dem Texte der Konstitution, wie sie in der Novellensammlung (Nov. Theod. II. tit. 16, 1, 5 a. E.) steht. Es liegt nun die doppelte Möglichkeit vor, dass die Kompilatoren die Verordnung vollständiger kannten, oder — was wohl eher anzunehmen ist — dass sie die eingeklammerten Stellen hinzugefügt haben.[1])

Letztere Ansicht gewinnt noch dadurch an Wahrscheinlichkeit, dass der Gedanke, die bezüglich Dritter getroffenen Anordnungen seien nichtig, in der l. 26 C. *familiae herciscundae* 3, 36) — auf welche wir gleich zurückkommen — Konstantin zugeschrieben wird, obwohl auch in der der l. 26 zu Grunde liegenden Novelle[2]) nichts davon zu finden ist.

Wie dem aber auch sei, die l. 21 geht jedenfalls in zwei Punkten über die bisher besprochenen Konstitutionen hinaus.

Einerseits wird auch mütterlichen Ascendenten das Privileg eingeräumt. Es kann daher jetzt zu Gunsten aller Kinder und Enkelkinder (nicht nur der *sui*), soweit sie Intestaterben sind, ausgeübt werden.

Anderseits wird hier zum ersten Male ausgesprochen, dass Anordnungen bezüglich Dritter als nicht geschehen anzusehen seien, und dass ihre Portionen den Kindern

---

[1]) In Justinians Nov. 107, 1 werden die Worte zwar als von Theodosius herrührend erwähnt; dies kann man aber wohl damit erklären, dass der Kodex schon die oben eingeklammerte Stelle Theodosius zuschreibt.

[2]) d. i. die oben citierte l. 1 C. *Th. de familia herciscunda* 2, 24.

anwachsen sollen. Doch dürfte dies sich von selbst verstanden haben, wenn auch die früheren Gesetze es nicht ausdrücklich gesagt haben. Denn wenn das Privileg nur zu Gunsten der Descendenten erteilt ist, darf es naturgemäss nicht auch für Verfügungen bezüglich Dritter benutzt werden.

Auch aus dieser Verordnung ersehen wir nicht, ob der elterlichen Verfügung Testamentscharakter zugestanden wird. Jedoch wird sie wohl nur als Kodizill aufrecht erhalten, da bloss die in ihr enthaltenen Dispositionen gültig sein sollen, nicht aber die ganze Willensanordnung als Testament bestehen bleiben soll. Daher kann nicht ohne weiteres die Absicht einer Abweichung vom früheren Rechte unterstellt werden.[1])

Ganz dasselbe gilt in dieser Beziehung von der l. 26 C. *familiae herciscundae* 3, 36, welche die l. 1 C. *Th. familiae herciscundae* 2, 24 Konstantins mit Veränderungen wiedergiebt.[2]) Auch im übrigen wird durch diese Verordnung nur der bestehende Rechtszustand aufrecht erhalten und bestätigt.[3])

---

[1]) **Bülow a. a. O. S. 182; Euler a. a. O. § 10; Mühlenbruch a. a. O. S. 163; Fritz a. a. O. § 16.**

[2]) *Inter omnes dumtaxat heredes suos, qui ex quolibet venientes gradu tamen pares videantur esse, vel emancipatos, quos praetor ad successionem vocat, sive coeptum neque impletum testamentum vel codicillus seu epistula parentis esse memoratur sive quocumque alio modo scripturae quibuscumque verbis vel iudiciis inveniantur relictae, iudicio familiae erciscundae, licet intestato ad successionem liberi vocentur, servato senatus consulti auxilio defuncti dispositio custodiatur, etsi sollemnitate legum huiusmodi dispositio fuerit destituta. Si vero in huiusmodi voluntate designatis liberis alia sit mixta persona, certum est eam voluntatem quantum ad illam dumtaxat permixtam personam pro nullo haberi.*

[3]) **cf. auch Vering a. a. O. S. 231.**

Die bisherigen Erörterungen haben somit nur das negative Ergebnis, dass es bis zur Novellengesetzgebung Justinians kein eigentliches *testamentum parentum inter liberos* gab.

b) Das Ascendententestament der Novelle 107 und des gemeinen Rechts.

1. § 3. Errichtung.

1. Schöpferischer war Justinian in der Novelle 107. Im Kapitel 1 der Novelle bespricht er die Form, in welcher sein Ascendententestament zu errichten ist:

> *Ἡμεῖς τοίνυν πάντα σαφῆ τε καὶ ἀναπεπταμένα καθεστάναι βουλόμενοι (τί γαρ οὕτως ἴδιον νόμων ὡς σαφήνεια, μάλιστα ἐπὶ ταῖς τῶν τελευτώντων διατυπώσεσι;) βουλόμεθα εἴ τις γράμματα ἐπιστάμενος μεταξὺ τῶν αὐτοῦ παίδων βούλοιτο ποιήσασθαι διατύπωσιν, πρῶτον μὲν αὐτῆς προγράφειν τὸν χρόνον, εἶτα καὶ τὰ τῶν παίδων ὀνόματα οἰκείᾳ χειρί, καὶ πρός γε τοὺς οὐγκιασμοὺς εἰς οὓς γράφει κληρονόμους αὐτούς, μὴ τοῖς συμβόλοις, τῶν ἀριθμῶν σημαινομένους, ἀλλὰ δί ὅλων γραμμάτων δηλουμένους ὥστε πανταχόθεν σαφεῖς τε καὶ ἀναμφισβητήτους καθεστάναι. εἰ δὲ καὶ πραγμάτων βούλοιτο ποιήσασθαι διαίρεσιν ἤ τισι πράγμασι ῥητοῖς πάσας ἤ τινας τῶν ἐνστάσεων περιστῆσαι, καὶ τὰ τούτων ἐγγραφέτω γνωρίσματα, ὥστε τοῖς αὐτοῦ γράμμασιν πάντα δηλούμενα μηδεμίαν ἔτι φιλονεικίαν τοῖς παισὶ καταλιμπάνειν.*

2. Welche Erfordernisse diese Stelle für das *testamentum parentum* verlangt, darüber herrscht zum Teil lebhafter Streit.

a) Justinian verlangt hier zunächst die Angabe des Datums der Verfügung. Oft wird die Meinung ver-

treten,[1]) eine indirekte Bezeichnung, z. B. an meinem sechzigsten Geburtstage, genüge. Doch wird man dem schwerlich beipflichten können. Der Vorschrift dürfte nur genügt sein, wenn Tag, Monat und Jahr genannt ist. Denn aus diesen besteht das Datum.[1])

b) Notwendig ist ferner die Bezeichnung des oder der Erben. Man darf wohl annehmen, dass nicht der vollständige Name des Benannten erforderlich ist. Vielmehr dürfte irgend eine andere Bezeichnung, wenn sie nur keine Zweifel lässt, ausreichend sein, z. B. mein jüngster Sohn u. s. w.[2])

c) Der Erbteil muss mit Buchstaben, nicht etwa mit Ziffern angegeben werden. Bei Einsetzung auf bestimmte Sachen sind diese genau zu bezeichnen.[3])

d) Die mindestens aus den genannten Essentialien bestehende Schrift muss eigenhändig geschrieben werden. Ob diese Vorschrift sich nur auf diese notwendigen Bestandteile, oder ob sie sich auf das ganze Testament — falls nämlich noch andere Erklärungen beliebt werden — bezieht, ist streitig. Doch bei dem Mangel einer positiven Bestimmung darüber, dürfte die Ansicht die richtige sein, nach welcher das Testament durchweg von der Hand des Erblassers geschrieben sein muss.[4])

3. Von verschiedenen Seiten werden noch mehr Erfordernisse aufgestellt.

a) Aus den Worten *πρῶτον μὲν αὐτῆς προγραψευν* ist der Schluss gezogen worden, das Datum müsste am Anfang des Schriftstücks stehen.[5])

---

[1]) cf. Mühlenbruch a. a. O. S. 189 f., S. 195.

[2]) Mühlenbruch a. a. O. S. 195 ff.; Fritz a. a. O. S. 52, 54.

[3]) Mühlenbruch a. a. O. S. 197, 199; Fritz a. a. O. S. 54—56.

[4]) Mühlenbruch a. a. O. S. 182 ff.; Fritz a. a. O. S. 51, 52, 54, 56, 58.

[5]) Dagegen Mühlenbruch a. a. O. S. 192 f.; Mackeldey, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts S. 441, 442; Strippelmann,

Justinian giebt im *Prooemium* an, dass er die Neuregelung trifft, um der Undeutlichkeit und Unsicherheit zu steuern, welche infolge der durch die Verordnungen von Konstantin und Theodosius eingeführten allzugrossen Formfreiheit Platz gegriffen hat. Zu diesem Zwecke jedoch dürfte die Bestimmung, dass das Datum nur an der Spitze des Schriftstücks stehen könne, wenig verhelfen. Daher verlangt die *ratio legis* eine solche Auslegung nicht. Aber auch der Wortlaut zwingt uns nicht dazu. Das Wort *πρῶτον*, in der lateinischen Uebersetzung *primum*, bedeutet nicht gerade den Anfang des Aufsatzes, vielmehr nur die erste der verschiedenen Voraussetzungen. Die Bezeichnung *προγράφειν* kann den Sinn, dass *χρόνος* vorher zu schreiben sei, schon darum nicht haben, weil sie sich auf den ganzen Satz bezieht. Naturgemäss kann aber nur das Datum oder der Name oder der Erbteil voranstehen.[1])

Göschen (Vorlesungen Bd. V S. 300) will auf die Bestimmung, das Datum an die erste Stelle zu schreiben, kein grosses Gewicht legen, da dies in der Novelle wohl nur deshalb gesagt werde, weil man bei Urkunden die Zeit obenan zu setzen pflegte.[2])

Nur wenige Schriftsteller halten daran fest, dass das Datum an erster Stelle zu stehen habe.[3])

Nach Andreae (a. a. O.) kommt es für die Entscheidung der Frage darauf an, ob man in der Vulgata — *primum*

Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des O.A.G. zu Kassel 4. Bd. S. 25; Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts 3. Aufl. Bd. 2 S. 756; Euler a. a. O. S. 38—41, Fritz a. a. O. § 28 erwähnen es nicht. Dafür Andreae im Arch. f. civil. Praxis Bd. 4 S. 382.

[1]) **Mühlenbruch a. a. O. S. 193.**

[2]) **Aehnlich Holzschuher a. a. O.**

[3]) **cf. Mühlenbruch a. a. O. S. 193 A. 88.**

eius subscriptione declaret — oder in dem Texte die ausschlaggebende Lesart sehe. Daher hält er das Datum am Anfange der Schrift für ein „durchaus unerlässliches Erfordernis". Jedoch ist oben gezeigt, dass *πρῶτον — προγράφειν* auch eine andere Bedeutung haben kann, als dass das Datum an erster Stelle stehen muss.

Andererseits giebt es auch Juristen, die das Datum am Ende der Schrift als notwendiges Erfordernis betrachten. So verlangt Mackeldey (a. a. O. S. 441) „bei der Unterschrift die Zeit der Testamentserrichtung", jedoch begründet er seine Ansicht gar nicht.

Jedenfalls ist ersichtlich, dass die Praxis und die bei weitem herrschende Ansicht in der Theorie darin übereinstimmen, es sei gleichwertig, ob das Datum am Anfange oder am Ende der Schrift stehe. Dieser Meinung ist daher auch zuzustimmen.

b) Einige verlangen auch, das Datum solle mit Buchstaben geschrieben werden.[1])

Sie können sich dabei auf die Auth. zu l. 21 C. *de test.* 6, 23 stützen. Diese sagt nämlich:

> *„Quod sine subscriptione ita procedit, si parens manu propria, non signa sed litterarum consequentia declaret et tempus et liberum nomina etc."* Doch zunächst ist die *Authentica* wohl nicht der massgebende Text. Euler bemerkt bezüglich dieser Frage: *Sed cum ea notissima sit, authenticas tantum, quatenus cum novellis, ex quibus excerptae sunt, consentiunt, vim legis habere, authenticam Quod sine vero hic a Novella discrepare probaverim: sententia mea hoc argumento nequaquam probaverim.*

---

[1]) **Mackeldey a. a. O. S. 442; Hänel a. a. O.**

Ueberdies würde diese Meinung zu der Folgerung führen, das Gesetz erkläre, auch die Namen der Kinder seien mit Buchstaben zu schreiben. Dies besonders zu betonen, ist natürlich absurd,[1]) da es selbstverständlich ist.

Daraus ist aber zu schliessen, dass auch die buchstäbliche Bezeichnung des Datums nicht verlangt werden kann.

Ganz richtig macht Fritz auch darauf aufmerksam, dass die *Authentica* das Wort *numerorum* weglässt. Meines Erachtens bringt sie aber mit der Beziehung von *signis* auch auf *tempus* und *nomina* unter Weglassung von *numerorum* einen ganz andern Sinn in die Stelle. Denn in diesem Zusammenhange kann *signis* nur so gedeutet werden, dass alle diese Angaben in der regulären, nicht in irgend einer Geheimschrift wiedergegeben sein sollen.

Dass dies nicht zulässig ist, dürfte aber allgemein zugestanden werden.

c) Auch die Meinung hat Anhänger gefunden, dass Justinian die Hinzuziehung von Zeugen verlangt habe.[2])

Euler lässt sich darüber so aus:

> *„Testium igitur adminiculo illud non eget quamquam nonnulli iuris interpretes contrarium sentiunt."*

Namentlich Cujaz gehörte zu diesen *interpretes iuris.* Er meint, dass die Form des *testamentum parentum*

---

[1]) **Mühlenbruch a. a. O. S. 194; Fritz a. a. O. S. 52; Holzschuher a. a. O. S. 762.**

[2]) **Mühlenbruch a. a. O. S. 176—178; Euler a. a. O. § 50; Windscheid a. a. O. S. 37; Nettelbladt, Rechtssprüche des O.A.G. zu Parchim 4. Bd. S. 95, 96; Fritz a. a. O. S. 58; Holzschuher a. a. O. S. 755.**

insofern eine erleichterte sei, als das Testament nicht von den Zeugen unterschrieben und versiegelt werden müsste. Er stützt sich auf die schon besprochene l. 21 § 2a § 3 *de testamentis* 6, 23:

> *„von subscriptum namque a testibus ac signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit. Ex imperfecto autem testamento voluntatem tenere defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, non volumus.“*

Damit erklären Theodosius und Valentinian, ein Testament, das nicht von Zeugen unterschrieben und untersiegelt ist, sei ein unvollständiges. Ein unvollständiges Testament sollten aber nur Eltern zu Gunsten ihrer Kinder errichten dürfen. Daraus folgert Cujaz, dass nur diese genannten Bestandteile eines vollständigen Testamentes beim *testamentum parentum* fehlen dürfen. Doch dieser Schluss ist durchaus nicht zwingend. Nur beim Ascendententestamente können das Unterschreiben und Untersiegeln fehlen, aber damit ist noch nicht gesagt, dass nicht auch noch andere Voraussetzungen des ordentlichen Testamentes bei dieser privilegierten Form erlassen sind.[1]) Dagegen folgt aus der geschichtlichen Entwickelung,[1]) dass die Ansicht des Cujaz eine irrige ist. Denn im *Provemium* der Novelle 107 zählt Justinian die Mängel der früheren Vorschriften auf, aber nirgends spricht er aus, dass es auch ein Fehler wäre, letztwillige Verfügungen ohne Zeugen zuzulassen.

Das war vor ihm zweifellos der Fall. Eine so wichtige Abweichung vom früheren Rechte hätte er sicher

---

[1]) **Mühlenbruch a. a. O. S. 177.**

erwähnen müssen. Nach der Auffassung[1]) des Cujaz wäre die Errichtung des Ascendententestamentes fast mit grösseren Formen umgeben, als die eines ordentlichen Testamentes. Denn wenn auch Unterzeichnung und Versiegelung wegfiele, so käme doch die Erschwerung des eigenhändigen Schreibens hinzu.

Ferner erklärt Justinian in Novelle 107 ganz deutlich, welche Anforderungen er an das eigenhändige Testament der Eltern stellt, aber von Zeugen spricht er nicht. Das tritt um so mehr hervor,[2]) als er am Schluss des Kapitels sie bei Anordnungen bezüglich Dritter ausdrücklich verlangt. Wenn er eine Anwendung von Zeugen auch bei den Bestimmungen zu Gunsten der Kinder wünschte, so hätte er das im ersten Teile des Kapitels bei Aufzählung der anderen Erfordernisse sagen müssen.

Es ist überdies sehr erklärlich, dass Bestimmungen zu Gunsten Dritter, die bisher in der privilegierten Form gar nicht möglich waren, nur bei Hinzuziehung von Zeugen (ich nehme die Notwendigkeit von fünf Zeugen an)[3]) zulässig sein sollen, während diese für Anordnungen bezüglich der Kinder nicht erforderlich ist.

---

[1]) Nettelbladt a. a. O. S. 96.

[2]) Mühlenbruch a. a. O. S. 178.

[3]) Dazu vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 215, auch A. 44. Gar keinen Anhalt bietet der Gesetzestext oder der Zweck des Rechtsinstituts für die Anschauung, dass die Hinzuziehung von (etwa 2) Zeugen oder eigenhändiges Schreiben der Verfügung erforderlich ist (doch siehe v. Bülow, Abhandlungen 1. Bd. S. 191 f.). Da vielmehr stets ausser eigenhändiger Schrift die Gegenwart von (sei es 2, 5 oder 7) Zeugen notwendig ist, so beruht auch die Kraft des Testamentes, in welchem Vermächtnisse zu Gunsten Dritter hinterlassen werden, nicht allein darauf, dass es vom Testator selbst geschrieben ist. Daher ist diese Verfügung eine Abart des *testamentum parentum*, welche hier nicht zu besprechen ist.

Manche Juristen begnügen sich mit der Unterschrift statt der eigenhändigen Schrift;[1]) andere verlangen neben dieser die Unterschrift.[2]) Meines Erachtens sind diese Ansichten nicht zu billigen. Denn einerseits ergiebt sich aus dem Gesetz kein Anhaltspunkt dafür. Andrerseits lässt sich auch nicht annehmen, dass Unterschrift und eigenhändige Schrift einander ersetzen können. Denn mit dem einen Erfordernis würde der Gesetzgeber ganz andere Zwecke zu erreichen suchen, wie mit dem andern. Die eigenhändige Schrift ist eine bedeutend höhere Anforderung an die Form, als die Unterschrift.

e) Dass die gemäss l. 28 § 6 C. *de testamentis* 6, 23 bei ordentlichen, selbstgeschriebenen Testamenten erforderliche Bemerkung — das Testament sei eigenhändig geschrieben — auch beim *testamentum parentum* zu fordern sei, habe ich nirgends behauptet gefunden. Aber Fritz[3]) widerlegt es noch besonders. Ob er dieses gegen die Ausführungen von Löhrs[4]) betont, ist mir nicht ganz klar geworden. Jedoch erscheint es mir nicht notwendig, von Löhrs allgemein gehaltene Erörterung auch auf das privilegierte, unter besonderen Regeln stehende *testamentum parentum* zu beziehen.

Keineswegs liesse sich dies Erfordernis aus Novelle 107 herleiten; diese Stelle allein aber bestimmt abschliessend die Anforderungen an das Ascendententestament.

Wenn diese Angabe aber notwendig wäre, würde sie immer dann überflüssig sein, wenn der Testator das

---

[1]) Dafür Mackeldey a. a. O. S. 441. Dagegen Fritz a. a. O. S. 57.

[2]) v. Löhr im Arch. f. civ. Praxis Bd. 2 Heft 2 N. 14, 5 S. 191.

[3]) a. a. O. S. 58.

[4]) a. a. O. sagt dieser, die l. 21 pr. C. 6, 23 und die l. 28e, l. erforderten die „Anerkennung der Urkunde und Unterschrift in Gegenwart der Zeugen zur Form des Testamentes".

Schriftstück unterschrieben hätte, da nach der l. 28 entweder die Unterschrift oder das eigenhändige Schreiben nebst der Versicherung des eigenen Schreibens gefordert wird.

4. Mit dem *testamentum parentum inter liberos* — und zwar auch mit der Art seiner Errichtung — beschäftigte sich ferner ein deutsches Reichsgesetz, die Notariatsordnung Maximilian I. Dieses Gesetz bestimmte in § 2[1]) des Abschnitts „Von Testamenten“:

> Aber in Testamenten, so Vater und Mutter zwischen ihren Kindern in dem Fall, da kein Ander ihr Testament zuvor gemacht, solches abgethan wird, — da wird solche Anzahl der Zeugen nachgelassen bis auf Zween Zeugen.

Diese Worte haben zu den verschiedensten Auslegungen geführt.

Von der einen Seite wird die Ansicht vertreten, die Notariatsordnung von 1512 habe das Recht der Novelle 107 bzgl. der Errichtung eines schriftlichen eigenhändigen Testaments nicht geändert, sondern nur daneben ein mündliches privilegiertes Testament eingeführt bzw. dessen gewohnheitsrechtliche Geltung bestätigt.

Von der andern Seite wird die gegenteilige Meinung aufgestellt und angenommen, auch bei eigenhändigen Ascendententestamenten sei jetzt die Hinzuziehung von zwei Zeugen erforderlich.[2])

---

[1]) Eine abweichende Paragraphierung giebt eine Ausgabe von 1728, welche im Verlage von Christian Buchen in Jena erschienen ist. Doch scheint sie damit allein dazustehen. Das Gesetz selbst kennt die Teilung nach Paragraphen nicht.

[2]) Für letzteres Fritz a. a. O. S. 73 ff. Für ersteres Mühlenbruch a. a. O. S. 220 ff.; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht Bd. 3 S. 376; Euler a. a. O. § 50; Strippelmann a. a. O. S. 25; Zopotos, Zur Geschichte des *testamentum parentum inter liberos*

Die Vertreter der ersten Anschauung gehen etwa von folgenden Gesichtspunkten aus.

Maximilian spricht allgemein von Testamenten. Da er keinen Unterschied macht zwischen mündlichen und schriftlichen, bestehe ein solcher nicht. Die Notariatsordnung sei zur Instruktion der Notare bestimmt, daher könne man nicht annehmen, dass sie, trotzdem sie das *testamentum parentum* der Novelle mit keinem Worte erwähnte, es aufrecht erhalten wollte. Denn dann würde das völlige Schweigen die Notare nur irritiert haben.

Fritz[1]) weist noch nach, dass auch die Annahme ungerechtfertigt sei, Maximilian hätte neben das von Justinian als Kodizill aufrecht erhaltene Testament eine neue Form der letztwilligen Verfügung der Eltern zu Gunsten der Kinder gesetzt, die als Testament zu betrachten sei. Denn, sagt er, es erscheint „das neue Privileg nicht als etwas absichtlich neu Geschaffenes, sondern als eine misslungene authentische Interpretation". Neben dieser könnte aber das verbesserte Gesetz nicht fortbestehen.

Doch wenn, wie wir nachzuweisen versuchen werden, die letztwillige Verfügung der Novelle 107 ein Testament ist, und sie nicht als Kodizill aufrecht zu erhalten werden braucht, fällt die von Fritz bekämpfte Meinung von selbst.

Indessen muss berücksichtigt werden, dass die Notariatsordnung nicht das Justinianische Recht abändern, sondern es den Notaren gerade einschärfen wollte. Maximilian weist ausdrücklich (§ 2 am Anfang) auf die Kaiserlichen Rechte d. h. das Justinianische Recht hin:

> „Und sollen die Notarien Aufmerkung haben, dass nach Kayserlichen Rechten zur Aufrichtung aller oder jeder jetzt gemeldeten Testamenten . . . . . ."

S. 7 ff., 18 ff.; **Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Bd. 17 Nr. 261; Fein a. a. O. Bd. 44 S. 416; Nettelbladt a. a. O. S. 96, 97.**

[1]) a. a. O. S. 36 f., 78.

Seine Absicht ist es nur, das giebt z. B. auch Fritz zu, das römische Recht zu interpretieren.

Schon deswegen ist es sehr unwahrscheinlich, dass er stillschweigend ein Institut desselben aufgehoben hat.

Auch der Wortlaut des § 2 kann diese Ansicht nicht begründen. Denn Maximilian kann doch die Zahl der Zeugen bis auf zwei nur in den Fällen nachlassen, in welchen bisher eine grössere Anzahl von Zeugen gefordert wurde.

Beim eigenhändigen *testamentum parentum,* in welchem nur Bestimmungen zu Gunsten der Kinder getroffen wurden, bedurfte es der Zeugen überhaupt nicht. Demgemäss konnte hier auch nichts „nachgelassen" werden.[1])

Darnach ist es vielleicht immer noch auffallend, dass die Notariatsordnung das schriftliche *testamentum parentum inter liberos* garnicht erwähnte. Doch dürfte sich dies aus zwei Umständen erklären lassen.

Maximilian selbst giebt an,[2]) dass schriftliche Testamente eine grosse Ausnahme sind: „Die Form eines Testamentes in Schrifften, welches nunmehr nicht in grosser Uebung ist".

Namentlich aber ist wohl zu beachten, dass eine Instruierung der Notare beabsichtigt war. M. E. konnten diese durch den § 2 nicht irritiert werden, denn dieser bestimmte die Form für die Testamente, bei denen sie zu einer Mitwirkung berufen waren. Eine Notariatsordnung kann überhaupt nur die Rechtsinstitute besprechen, bei welchen eine amtliche Thätigkeit der Notare in Betracht kommt.[3])

Bei dem eigenhändigen Testamente, das der Erblasser ohne jegliche fremde Hülfe errichtet, ist nirgends für eine Amtsausübung des Notars ein Platz übrig. Daher gehörte

---

[1]) cf. auch Entsch. des Reichsgerichts Bd. 15 S. 220 Nr. 51.

[2]) a. a. O. § 7.

[3]) Nettelbladt a. a. O. S. 97.

eine Bestimmung über diese Testamentsform gar nicht in eine Notariatsordnung. Demgemäss erscheint es selbstverständlich, dass die Notariatsordnung von dem schriftlichen eigenhändigen Ascendententestamente nichts erwähnt. Darum kann sie auch das frühere Recht nicht aufgehoben haben.

Dieses Ergebnis stimmt auch damit überein, dass die Aufrechterhaltung des Testamentes der Novelle 107 „in der Zeit der Abfassung der Notariatsordnung *communis opinio*" gewesen ist.[1])

In der Praxis wurde das Fortbestehen des eigenhändigen *testamentum parentum* ständig angenommen. Dies geben auch diejenigen zu, welche selbst der Ansicht sind, dass durch die Notariatsordnung auch für diese Testamentsform zwei Zeugen verlangt werden.[2])

2. § 4. Aufhebung.

Die Form der Aufhebung des Ascendententestamentes steht nicht ganz unter allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Wäre dies der Fall, so würde es durch jedes spätere Testament, sei es ein *ordinarium* oder *privilegiatum parentum*, aufgehoben werden können. Dem ist aber nicht so. Vielmehr trifft Kapitel 2 der Novelle 107 über die Aufhebung des *testamentum parentum* folgende Bestimmung:

> *„Καὶ εἴπερ μέχρι τελευτῆς μείνειε τοῦτο τὸ σχῆμα, οὐδεὶς ὕστερον παρέξει μαρτυρίας, ὡς ἠβουλήθη τυχὸν τὴν τοιαύτην γνώμην ἀμεῖψαι ἢ ἐναλλάξει ἤ τι τοιοῦτο ποιῆσαι, ὥ γε ἐξῆν διαρρῆξαι τὸ γενόμενον καὶ ἑτέραν ποιήσασθαι βούλησιν δηλοῦσαν τὴν τελευταίαν αὐτοῦ γνώμην, ἣν προσήκει κρατεῖν. τοῦτο γὰρ ἐφίεμεν αὐτῷ πράττειν αὐτὸ τοῦτο ῥητῶς ἐπισημαινομένῳ ἐπὶ παρουσίᾳ μαρτύρων ἑπτά, ὡς καὶ πεποίηταί τινα τοιαύτην βούλησιν, οὐ*

[1]) **Zopotos a. a. O. S. 18, 20, 22; Nettelbladt a. a. O. S. 97.**
[2]) **cf. Holzschuher a. a. O. S. 759.**

μὴν κρατεῖν αὐτὴν ἔτι βούλεται, ἀλλ' ἑτέραν ποιήσασθαι. καὶ ταῦτα ἢ τελείᾳ διαθήκῃ ποιείτω πάντα τὰ [τῶν διαθηκῶν ἐχούσῃ σύμβολα, ἢ ἐν ἀγράφῳ τελείᾳ βουλήσει, ὥστε ἐπ' ἐγγράφῳ ἢ ἀγράφῳ βουλήσει δοκεῖν αὐτὸν τελευτῆσαι, τῶν προτέρων ἀκύρων ἐκ τῆς δευτέρας αὐτοῦ κατὰ τὴν τελείαν διαθήκην ἢ βούλησιν διατυπώσεως γινομένων.“

Zur Aufhebung solchen Testamentes ist daher — abgesehen von seiner Vernichtung — die Errichtung einer letztwilligen Verfügung vor sieben Zeugen erforderlich. Ohne Zweifel würde die Form des öffentlichen Testamentes die gleiche Kraft äussern, wie die des ordentlichen Privattestamentes. Dies ergiebt sich *a potiori*, und es ist auch in der Praxis stets angenommen worden. Aber ein *testamentum parentum* kann nicht durch ein wiederum privilegiertes *testamentum parentum* aufgehoben oder abgeändert werden. Diese Thatsache erscheint ganz eigenartig; denn sie stimmt mit dem allgemeinen Grundsatze des *contrarius actus* nicht überein, schränkt das den Eltern gewährte Privileg wesentlich ein, und hat keine ersichtliche *ratio legis*.

Aus allen diesen Gründen hat man auch oft versucht, die aus dem Kapitel II der Novelle sich ergebende Konsequenz zu leugnen oder einzuschränken.

So gehen einige Juristen[1]) davon aus, die Bestimmung sei nur für den Fall getroffen, dass *extranei* in dem zweiten Testamente zu Erben eingesetzt werden sollten.

Doch deswegen hätte es keiner besonderen Anordnung bedurft, denn dies ist nach Kapitel I der Novelle ganz selbstverständlich. Auch giebt die Fassung des Gesetzes gar keine Anhaltspunkte für diese Auffassung.

---

[1]) **cf. hierzu v. Bülow in v. Bülow und Hagemann, Praktische Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit 2. Aufl. 3. Bd. Nr. 18 S. 122, insbes. A. x) und y).**

Manchmal[1]) werden die Fälle unterschieden, in denen in dem späteren Testament die Kinder zu gleichen und zu ungleichen Erbteilen eingesetzt sind, in denen mündlich oder schriftlich testiert wird.

Doch es ist nicht ersichtlich, wie sich solche Ansichten gegenüber dem klaren Gesetzestexte erhalten können.

Bülow[2]) sagt, es sei ein förmliches Testament notwendig, wenn in ihm Fremde mit Erbteilen oder Legaten bedacht werden sollen. Ein solches Testament könne ja nicht als *testamentum parentum* betrachtet werden, und es bedürfe des *testamentum solenne* und der derogatorischen Klausel. Er giebt zwar zu, dass die *Authentica Hoc inter liberos Cod. de Testam.*[3]) ein Entgegengesetztes erkläre, meint aber, diese müsse der Lesart der Novelle weichen. Das ist zuzugeben. Doch ich sehe Bülows Ansicht auch in der Novelle nicht ausgesprochen. Denn es ist auch eine Aufhebung oder Abänderung des bestehenden *testamentum parentum* möglich, ohne dass in der neuen Verfügung *extranei* berücksichtigt werden sollen.[4]) Und wenn man auch keinen vernünftigen Grund für diese Vorschrift findet, kann es doch nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, den klaren Willen des Gesetzes durch Interpretation zu verändern oder abzuschwächen.

Die Bestimmung erscheint ja allerdings in hohem Masse auffallend, zumal — da dem keine Vorschrift entgegensteht — angenommen werden muss, dass umgekehrt

---

[1]) **von Bülow und Hagemann a. a. O.**

[2]) **In v. Bülow und Hagemann a. a. O. S. 123.**

[3]) *Hoc inter liberos testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret; se nolle tale testamentum valere et aliam disponat voluntatem, vel in testamento perfecto, vel in non scripta perfecta voluntate.*

[4]) **Anderer Meinung aber anscheinend Bülow a. a. O. und in seinen „Abhandlungen" Bd. 2 S. 123 ff.**

ein solennes Testament durch ein privilegiertes aufgehoben werden kann.

2. Etwas anders scheint sich auf den ersten Blick das Verhältnis für das gemeine Recht zu stellen, da es im § 2 der Notariatsordnung heisst: „Aber in Testamenten . . . ., da kein Ander ihr Testament zuvor gemacht etc.“

Diese Stelle besagt wohl, dass die privilegierte Verfügung den Eltern nur zustehen soll, wenn sie nicht schon vorher ein Testament errichtet haben. Das Ascendententestament würde also nur gültig sein, wenn vorher weder ein privilegiertes, noch ein solennes Testament bestanden hat.

Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass, wie oben gezeigt, die Notariatsordnung § 2 nur den Fall regelt, in welchem schon im römischen Rechte Zeugen verlangt wurden.

Danach bleiben also für das holographe *testamentum parentum* auch im gemeinen Rechte die für seine Aufhebung im römischen Rechte massgebenden Grundsätze bestehen.[1])

3. Die Erfüllung einer weiteren Voraussetzung wird wohl zur Aufhebung des Ascendententestamentes nicht gefordert.

Einige Juristen verlangen zwar mit Rücksicht auf die Worte „*αὐτὸ τοῦτο ῥητῶς ἐπισημαινομένῳ* etc.“ noch den ausdrücklichen Widerruf der früheren Verfügung.[2]) Jedoch meine ich mit von Bülow[3]), dass diese Bestimmung nicht als eine besondere Förmlichkeit, sondern „vielmehr mit aus dem Gesichtspunkte anzusehen ist, dass über den eigentlichen Willen des Testators gar kein Zweifel übrig bleiben möge“. Dieser muss ja bei der Errichtung jedes zweiten

---

[1]) **Hierzu vgl. aber Mühlenbruch a. a. O. S. 230; v. Bülow, „Abhandlungen“ Bd. 1 S. 200, Bd. 2 S. 128.**

[2]) **cf. Mühlenbruch a. a. O.**

[3]) **v. Bülow und Hagemann a. a. O. S. 127.**

oder späteren Testamentes seine Absicht, eine neue Verfügung zu machen, und die frühere aufzuheben, vor den Zeugen kundgeben. Denn diese sollen nicht im Zweifel darüber sein, zu welchem Zwecke man sie zugezogen hat; sie müssen *specialiter rogati* sein.

Etwas anderes will meines Erachtens auch diese Verordnung hier nicht bestimmen.

3. § 5. Bedeutung.

1. Die in Novelle 107 geregelte Verfügung ist als eigentliches Testament gedacht. Die Litteratur ist zwar darüber nicht einig. Jedoch giebt das Gesetz gar keinen Anhalt für die z. B. von Fritz[1]) verteidigte gegenteilige Ansicht, dass es Kodizill sei. Diese „beruht" vielmehr, wie sich Holzschuher[2]) ausdrückt, „mehr auf Konjektur, als auf Wirklichkeit".

Fritz scheint auf das *testamentum parentum*, das er ein *testamentum imperfectum* nennt, fälschlich einen Grundsatz des *testamentum posterius imperfectum*[3]) anzuwenden. Das *testamentum parentum* Justinians enthält Erbeseinsetzungen, ist dazu bestimmt, solche aufzunehmen, und ist daher kein Kodizill, sondern ein privilegiertes Testament, ebenso wie z. B. das *testamentum militare*. Wenn auch Erbeseinsetzungen — mit oder ohne *clausula codicillaris* — als Universalfideikommisse durch Kodizill aufrecht erhalten werden können, so wäre es doch widersinnig, eine solche Benennung von Erben als Form zu fordern für ein — Kodizill.[4])

---

[1]) a. a. O. S. 36 ff., 78 f.

[2]) a. a. O. S. 758.

[3]) Fein a. a. O. Bd. 45 S. 237 ff.; cf. auch Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 9 S. 191.

[4]) Dazu auch H. Schroeder, *Dissertatio inauguralis de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus* § 5.

Dies ist eine wesentliche Abweichung vom früheren Rechte.

2. Die Verfügung der Novelle 107 soll nur Anordnungen bezüglich der Kinder des Testators enthalten dürfen. Jedoch noch innerhalb der *παῖδες* kann der Kreis der in Betracht kommenden Personen ein sehr verschieden grosser sein. Das Wort *παῖδες* dürfte hier im weiteren Sinne zu verstehen sein, so dass nicht nur eigene Kinder, sondern auch Enkelkinder gemeint sind.[1])

Dies ergiebt sich auch daraus, dass sich Justinian auf die frühere Gesetzgebung, z. B. des Konstantin, beruft. Im Anschluss an diese ist daher auch die Novelle auszulegen, soweit sich nicht aus ihr selbst ein anderes ergiebt.

Anderseits bezieht sich das Privileg wohl nur auf die Kinder, welche Intestaterben sind.[2]) Denn auch die bisherigen erleichterten Verfügungen galten nur in diesem Umfange, und Justinian deutet durch nichts an, dass er in dieser Beziehung den früheren Rechtszustand ändern will.

Schliesslich handelt es sich noch um die Frage, ob das Ascendententestament auf die leiblichen und ehelichen Kinder beschränkt sein soll.[3]) Ich meine, dass diese Frage nicht schlechtweg zu bejahen ist. Vielmehr dürfte mangels einer Einschränkung das Privileg auf alle Personen zu beziehen sein, welche nach dem Gesetze als Kinder des Testators angesehen werden. Dies ist aber auch bezüglich der adoptierten und legitimierten Kinder der Fall, und der Mutter und den mütterlichen Ascendenten gegenüber bezüglich der unehelichen Kinder.[4])

3. Vielfach umstritten ist es, ob im Ascendententestamente hinsichtlich der Kinder alle Verfügungen ange-

---

[1]) **Mühlenbruch a. a. O. S. 171, 173.**
[2]) **Mühlenbruch a. a. O. S. 173; Fritz a. a. O. S. 43.**
[3]) **Voet, *Commentarius ad Pandectas* 28, I, 16.**
[4]) **Fritz a. a. O. S. 48; Mühlenbruch a. a. O. S. 174.**

ordnet werden können, welche sonst in einem Testamente möglich sind. Die verschiedensten Ansichten bestehen darüber, ob Legate, Prälegate, Ernennungen von Vormündern und Enterbungen im *testamentum parentum inter liberos* gültig geschehen können.[1])

a) Die Zulässigkeit der Prälegate scheint in früherer Zeit oft geleugnet worden zu sein. Denn Hert *de praelegatis* § 12[2]) erklärt: „Diese Befugnis werde allgemein geleugnet, er gestehe sie aber den Eltern zu, weil ja eine ungleiche Erbeseinsetzung in einem solchen Testamente nicht verboten sei". Im Anschluss daran legt Buchholtz[3]) dar, dass „unbestreitbar in dieser Form die Errichtung von Prälegaten zu Gunsten aller Kinder möglich" sei. Die neuere Litteratur nimmt dies anscheinend ausnahmslos an.

b) Gegen die Befugnis, Tutoren zu ernennen, wird geltend gemacht, dass die *tutoris datio* nur in einem vollständigen Testamente oder in einem bestätigten Kodizille geschehen könne. Die Ernennung sei auch eine sich auf den Vormund beziehende Anordnung, und daher müssten mindestens die Vorschriften angewendet werden, welche vom Gesetze bei der Einmischung einer *persona extranea* gefordert werden.[4])

Jedoch ist oben schon (Seite 26) gegen die Auffassung angekämpft worden, dass das Ascendententestament inhaltlichen Beschränkungen unterliege, dass es ein *testamentum inperfectum* sei. Es ist vielmehr eine durchaus vollständige Verfügung, wenn es auch nicht in den gewöhnlichen Formen errichtet ist; dieses ist auch beim

---

[1]) **Dafür Mühlenbruch a. a. O. S. 209 ff.; Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 9 S. 191; cf. auch Schroeder a. a. O. § 18; Euler a. a. O. §§ 68—70.**

[2]) **cf. v. Buchholtz, Die Lehre von den Prälegaten S. 231.**

[3]) **a. a. O.**

[4]) **Mühlenbruch a. a. O. S. 209.**

testamentum militis nicht der Fall, und doch sind hier Vormundschaftsernennungen zulässig.[1])

Unrichtig dürfte es auch sein, die Ernennung eines Vormundes als eine sich auf einen Dritten beziehende Anordnung anzusehen. Schon längst galt die Vormundschaft als ein *munus publicum*; es war nicht mehr an ein dem Tutor zu gewährendes Recht, an ein ihm zu erweisendes *beneficium* zu denken.[2]) Somit wird ein Tutor immer zu Gunsten des Bevormundeten ernannt; seine Ernennung ist also eine sich auf diesen beziehende Anordnung.

c) Namentlich wird aber den Eltern das Recht bestritten, in der privilegierten Testamentsform die Kinder zu enterben. Das Privilegium, wird gesagt, sei zu Gunsten der Kinder geschaffen, und *privilegia sunt stricte interpretanda*, Enterbungen seien aber nie zu begünstigen.[3]) Jedoch spricht das Gesetz nicht bloss von Erbeinsetzungen, sondern davon, dass jemand unter erleichterten Formen eine Disposition unter seinen Kindern treffen will. Da wir es hier mit einem vollgültigen Testamente zu thun haben, muss es auch

---

[1]) l. 28, l. 41 § 2 D. *de test. milit.*

[2]) vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 3 S. 78 und insbes. v. Löhr in Grolmann und v. Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 3. Bd. 1820 Nr. 1 S. 1—9.

[3]) Mühlenbruch a. a. O. S. 209—211; Euler a. a. O. § 69; vgl. auch Voet a. a. O. 28, 1, 17, S. 266; *cum neque uspiam illa exheredandi licentia per leges de privilegiato testamento agentes concessa sit, neque exheredationes ulla sint adiuvandae interpretatione. atque insuper in nov. 107 cap. I desideretur, liberorum nomina uncias, in quibus eos pater scribit heredes, manu propria declarari, quale requisitum haud impletur, ubi nulla omnino portione relicta filius a paterna excluditur hereditate.* Klarer Weise kann, wenn dem Sohne überhaupt nichts hinterlassen wird, die ihm vermachte Summe oder der ihm bestimmte Anteil nicht mit eigener Hand geschrieben werden. Jedoch kann meines Erachtens diese Vorschrift nur für den Fall gelten, dass überhaupt eine Summe oder ein Anteil in Betracht kommt.

gestattet sein, in diesem alle testamentarischen Anordnungen zu treffen, es sei denn, dass das Gesetz besondere Einschränkungen vorgeschrieben hat, wie dies bezüglich der Einmischung von *extranei* der Fall ist.

Es erhellt jedoch, dass die Enterbung eines einzigen Kindes im *testamentum parentum* nicht möglich ist. Denn die Einsetzung eines Erben ist notwendiger Bestandteil eines jeden Testaments.[1])

---

[1]) **Mühlenbruch a. a. O. S. 211.**

Zweiter Abschnitt.

Rechtsgeschichtliche Bedeutung.

I. § 6. *Lex Romana Visigothorum.*

1. Wie schon erwähnt, hat das *testamentum Valentinianum* in die Sammlung Justinians keine Aufnahme gefunden. Daher war es dem späteren römischen und gemeinen Rechte unbekannt. Doch gleichwohl ist seine rechtsgeschichtliche Bedeutung eine hohe. Denn auf indirektem Wege ist es — *mutatis mutandis* — in das moderne Recht übergegangen.

Den Weg dieser Entwickelung — mehr in Form eines Ueberblicks — zu zeigen, soll die Aufgabe des folgenden sein. Dabei soll jedoch im allgemeinen nur das berücksichtigt werden, was für das heutige deutsche Recht nicht ohne Interesse und Belang ist, während die ausserdeutschen Rechte, z. B. das italienische, ausser Betracht bleiben werden.

2. Die Germanen befolgten ursprünglich das Personalitätsprinzip.[1]) Daher beliessen sie den in den von ihnen eroberten Gebieten ansässigen Römern ihr Recht. Auch bei den Westgoten traf das zu. Während für sie die Sammlung Eurich's, die *lex Visigothorum antiqua collectio,*

[1]) **Dieses herrschte überhaupt im Altertum. Es galt in allen römischen Ländern.**

galt, waren die für die in ihrem Reiche wohnenden Römer geltenden Grundsätze in der *lex Romana Visigothorum*, dem sogenannten *Breviarium Alaricianum*, zusammengefasst.[1])

Dieses, welches 506 nach Christi abgefasst worden ist,[2]) weist auch die Novelle 20 Valentinians auf.[3])

Zur Zeit der Abfassung dieses Gesetzbuchs wohnten die Westgoten in Spanien und Süd-Gallien bis an die Rhone und Loire hinan. In diesem Gebiete war schon damals das Rechtsinstitut des eigenhändigen Testamentes in Uebung; denn nur in der Praxis geltendes Recht hat in das Breviar Eingang gefunden.[4])[5])

II. § 7. *Lex Visigothorum nova collectio.*

Die beiden im Gotenreiche geltenden Gesetze machten einem für Goten und Römer gemeinsamen, allmählich entstandenen Gesetzbuche Platz. Dieses erhielt seinen Abschluss im siebenten Jahrhundert unter Chindaswind

---

[1]) Siehe über das Personalitätsprinzip der Germanen: Savigny, Geschichte des römischen Rechts 2. Aufl. 1. Bd. S. 115 ff.; Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte 1887 1. Bd. S. 259 ff.; Dahn, Westgotische Studien 1874 S. 53 ff.; Dahn, Die Könige der Germanen 8. Bd. 4. Abt. S. 11 ff., 25 ff. und 6. Bd. II.

[2]) Schulte, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte S. 73.

[3]) Hänel'sche Ausgabe S. 278.

[4]) Brock, Das eigenhändige Testament S. 10, 11; Hänel a. a. O. Vorrede.

[5]) Auch ein Zeugnis der Anwendbarkeit des *testamentum Valentinianum* aus dem Jahre 475 wird von der älteren Litteratur stets angeführt. (Laferrière, Histoire du droit civil de Rome et du droit français Bd. 2 S. 511.) Die betreffende Urkunde dürfte aber nach neueren Forschungen eine Fälschung sein (s. Havet, Questions Mérovingiennes 1885 2. Buch S. 5—22).

und Rekkeswind.[1]) Durch dieses Gesetz, welches unter dem Namen *lex Visigothorum nova collectio* bekannt ist, aber auch *Forum judicum* genannt wurde, ist „der unmittelbare Gebrauch des römischen Rechtes aufgehoben" worden.[2])

Zu den Quellen der *nova collectio* gehört[2]) neben wenigen germanisch-gotischen Rechtsgewohnheiten und den christlichen Satzungen auch das römische Recht. Auf letzteres dürfte die Bestimmung des *Flavius gloriosus Recesvindus rex „De olografis scripturis"*[3]) zurückzuführen sein.[4]) In dieser Verordnung wird das holographe Testament zugelassen. Die Gründe, welche die *lex Visigothorum* dafür angiebt, sind etwa dieselben, wie die Valentinians. Es sind die Umstände, welche oft die Er-

---

[1]) **Schulte a. a. O. S. 72.**

[2]) **Warnkönig und Stein, Französ. Rechtsgeschichte 2. Bd. S. 12.**

[3]) **Zeumer,** *Foutes iuris Germanici antiqui. Leges Visigothorum antiquiones* **II, 5, 14.**

[4]) Diese Vorschrift lautet: *Quia interdum necessitas ita sepe concurrit, ut sollemnitas legum libere coupleri non possit, adeo, ubi qualitas locorum ita constiterit, ut non inveniatur testis, per quos iuxta legum ordinem unusquisque suam alliget voluntatem, manu propria scribat ea, que hardinare desiderat; ita ut specialiter adnotentur, quecumque iudicare voluerint, vel que de rebus suis habere quemquam elegerint. Dies quoque et annus habeatur in eis evidenter expressus. Deinde, toto scripture textu conscripto, rursum autor ipse suscribat. Et dum hec scriptura infra XXX annos ad eum, in cuius nomine facta est, vel ad successores eius pervenerit, eam episcopo vel iudici infra sex menses non differat presentare. Quam sacerdos idem et iudex, adlatis sibimet tribus aliis scripturis, in quibus testatoris suscriptio repperitur, ex earum contropationem considerent, si certa et evidens scriptura est, quam idem conditor olografa ratione conscripsit. Et dum sta previderint, eadem cartula, que offertur, vera nihilominus habeatur, adque etiam continuo sacerdos ipse vel iudex sive alii testes idonei eandem olografam scripturam sua denno suscriptione confirment. Et sic voluntas ipsius testatoris plenissimam obtineat firmitatem.* Vgl. **hierzu Dahn, Westgotische Studien S. 138.**

füllung der sonst zulässigen Form unmöglich machen, z. B. namentlich das Entferntsein von jeglichen Zeugen.

Im westgotischen Gesetzbuche ist die Form der eigenhändigen letztwilligen Verfügung schon weiter entwickelt, als in der Novelle von 446 v. Chr. Diese forderten ureigenhändige Schrift. Die *nova collectio* stellt mehr Essentialien auf.

a) Allerdings müssen zunächst die Bestimmungen vom Testator selbst geschrieben werden. Es müssen dabei „Erbteile, Vermächtnisse und Honorierte genau bezeichnet“ werden.[1])
b) Das Datum, und zwar Jahr und Tag, muss angegeben sein.
c) Das Schriftstück muss vom Testator unterschrieben sein.

Bezüglich der Anordnungen des Erblassers ist eigenhändiges Schreiben verlangt. Ob dies auch hinsichtlich des Datums und des übrigen Inhaltes des Testaments notwendig ist, wird nicht gesagt. Man dürfte dieses aber anzunehmen haben.

Das so errichtete Testament hat jedoch nicht ohne weiteres Erfolg. Vielmehr kann das eigenhändige Schriftstück nur dann volle Wirksamkeit ausüben, wenn die Erben, Honorierten oder deren Rechtsnachfolger[2]) innerhalb dreissig Jahren, spätestens sechs Monate, nachdem das Schriftstück in ihre Gewalt gelangt ist, dem Bischof oder dem Richter vorlegen. Dieser hat es entweder mit drei vom Testator eigenhändig ge- und unterschriebenen Urkunden, deren Echtheit feststeht, zu vergleichen, um sich dadurch zu überzeugen, ob das Schriftstück wirklich vom Erblasser stammt. Ist das Ergebnis dieser Prüfung

---

[1]) **Dahn, Westgotische Studien S. 138.**

[2]) **Ueber die Bedeutung von *in cuius nomine* cf. Dahn a. a. O. S. 138 Anm. 2.**

ein günstiges, so bestätigt der Bischof oder Richter durch seine Unterschrift die Gültigkeit des Testamentes, oder er lässt dieses durch andere Zeugen bestätigen. Erst hierdurch erlangt der erblasserische Wille *plenissimam firmitatem.*[1])

Diese Anordnungen dürften jedoch nur als prozessuale Beweisfragen aufzufassen sein.[2]) Gleiche oder entsprechende Vorschriften giebt es auch für die andern Testamentsformen.

Die hier geschilderte letztwillige Verfügung bezeichnet Dahn[3]) als Nottestament. Der genannte Rechtslehrer dürfte aber wohl diese Benennung nicht in dem Sinne gebrauchen, dass ein solches Testament nur in Notlagen errichtet werden könne. So scheint Brock[4]) ihn zu verstehen. Meines Erachtens aber soll dieser Ausdruck nur die *ratio legis* andeuten, wie es auch der Gesetzestext — in Uebereinstimmung mit seinem Vorbilde — thut: *„Quia necessitas etc.“* Doch wenn solche Fälle auch die Veranlassung zur Aufnahme dieser Testamentsform gegeben haben, so darf daraus noch nicht geschlossen werden, dass die Verfügung nur gültig sein soll, wenn eine der Voraussetzungen vorliegt, welche die Errichtung eines Testaments in anderer Form unmöglich machen.

Hiergegen spricht auch namentlich der Umstand, dass im Gesetze nirgends ein Nachweis dafür verlangt wird, dass einer dieser Notfälle vorlag. Es ist weder vorgeschrieben, das Testament solle die Versicherung enthalten, dass eine dieser besonderen Voraussetzungen vorgelegen habe, noch wird dem Erben in dieser Hinsicht irgend ein Nachweis zugemutet.

---

[1]) Warnkönig und Stein a. a. O. S. 13, vgl. hierzu über die spanische Uebersetzung der nova collectio, den Fuero Juzgo (Siete Partidas), Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Darstellung Bd. 3 S. 360.

[2]) cf. Brock a. a. O. S. 13.

[3]) a. a. O.

[4]) a. a. O.

Zweifellos ist wohl, dass die eigenhändige Testamentsform der *lex Visigothorum* auf die Novelle Valentinians zurückzuführen ist.

Schon die für die Einführung dieser Testamentsform gegebene Begründung entspricht ganz den von Valentinian angeführten Erwägungen.

Die von diesem Kaiser auf die Verfügung der Micce zugeschnittenen Erfordernisse sind zwar erhöht.

Ausser dem eigenhändigen Schreiben werden jetzt noch Datum und Unterschrift verlangt. Doch dies erklärt sich wohl aus zwei Gründen.

Einerseits war es bei den Römern überhaupt nicht strenge Gewohnheit, die Urkunden zu unterschreiben,[1]) während dies im späteren Rechtsleben durchaus üblich wurde.

Anderseits war es durchaus notwendig, die Vorschriften Valentinians — deren Zweck ja eigentlich nur die Anerkennung der Verfügung der Micce war — derart zu ergänzen, dass die als ordentliches Testament gedachte letzte Willensanordnung wenigstens eine gewisse Sicherheit dafür bot, dass man es nicht mit einem Entwurfe, sondern mit einer vollendeten und überlegten Disposition zu thun habe.

III. § 8. Französisches Recht bis zum Code civil.

Dieses eigenhändige Testament hat sich in vielen Teilen Frankreichs erhalten. Es lässt sich zwar nicht unzweifelhaft nachweisen, dass „das olographische Testament, wo weiter nichts erforderlich ist, als dass es ganz von der Hand des Testators geschrieben, von ihm unterschrieben

[1]) cf. z. B. l. 28 § 6 C. *de test.* 6, 23.

und mit dem Datum versehen sei",[1]) auf das *Breviarium Alaricianum* zurückführt. Jedoch dürfte man sich dieser Ansicht anzuschliessen haben.

Um die Gründe, welche für dieselbe sprechen, anzuführen, müssten die französischen Rechtsverhältnisse in so eingehender Weise geschildert werden, wie es im Rahmen dieser Arbeit nicht geschieht. Ich muss mich daher im allgemeinen an dieser Stelle damit begnügen, die Ergebnisse vorzuführen, während ich den Weg, welchen die Entwickelung genommen hat, nur andeuten kann.[2])

Im zwölften Jahrhundert erst wurde an den französischen Universitäten Justinianisches Recht gelehrt; und erst im Laufe des folgenden Jahrhunderts konnte es sich allmählich in der Praxis Geltung verschaffen.

Bis dahin führte das römische Recht Frankreichs und seine aus dem römischen Rechte stammenden Grundsätze auf das *Breviarium* — in einigen Gebieten auf dem Wege über die *lex Visigothorum nova collectio*[3]) — zurück.[4])

Und zwar taucht im Süden wie im Norden Frankreichs — im Gebiete des droit écrit und in dem des droit coutumier — die Spur des testament olographe immer wieder auf.

Im Süden gab es neben dem geschriebenen Rechte auch lokale Gewohnheiten,[5]) in denen sich unser Institut erhalten hat. Dafür geben die Anciennes Coutumes de Toulouse von 1283 einen schönen Beweis. Diese haben nämlich auch das holographe Testament des Breviars auf-

---

[1]) Warnkönig u. Stein a. a. O. S. 491. Ordonnance concernant les testaments von 1735 art. 19, 20 im Recueil général des anciennes lois françaises. Tome XXI.

[2]) vgl. aber besonders Brock a. a. O. S. 14—53.

[3]) Warnkönig und Stein a. a. O. S. 13.

[4]) Conrat, Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts im früheren Mittelalter Bd. 1 S. 33 ff., bes. S. 41 ff.

[5]) Brock a. a. O. S. 28.

genommen.[1]) Dass diese Testamentsform aber bis zur Schaffung der Anciennes Coutumes in steter Uebung war, und nicht etwa damals wieder hervorgesucht worden ist, dafür bürgt der Umstand, dass Philipp der Kühne, als ihm das Gesetzbuch überreicht wurde,[2]) eine — 1285 auch ausgeführte — Untersuchung anordnete, „pour en reconnaître l'antiquité et l'observation continue".

Doch bald musste hier das eigenhändige Testament anderen Formen der letztwilligen Verfügung weichen. Nur in wenigen Gebieten behält das testament olographe im Süden seine Fortdauer[3]), im übrigen „verliert sich mit dem dreizehnten Jahrhundert infolge der Verdrängung des Breviars durch das Recht Justinians seine Geltung vollkommen aus unserem Gesichtskreise". „In den späteren Coutumes des Nordens taucht es" aber „wieder auf, und zwar, um nunmehr ein uns offenkundiges, fest gesichertes Rechtsinstitut des französischen Rechtes zu bleiben".[4])

Auch das Testament der Coutumes führt auf die Novelle Valentinians zurück.

Denn die letztwilligen Verfügungen des deutschen Rechtes und somit des droit coutumier sind überhaupt auf römischer Grundlage entstanden; das deutsche Recht kannte keine letzten Willensanordnnngen.[5]) Da aber Testamente sich schon zur Zeit der Volksrechte im germanischen Rechte finden, so ergiebt sich, dass die

---

[1]) Laferrière Bd. 5 S. 247 ff., insbes. S. 251 N. 15.

[2]) Laferrière a. a. O. S. 235.

[3]) Chabot de l'Allier, Questions transitoires sur le Code Napoléon Bd. 2 sagt auf S. 386: Cependant, le testament olographe fut maintenu pour toutes sortes de personnes, indistinctement, dans les pays de droit écrit, qui avaient, à cet égard, une jurisprudence particulière, tels que l'Auvergne et le Mâconnais.

[4]) Brock a. a. O. S. 33: Chabot de l'Allier a. a. O. S. 388.

[5]) Diesen Rechtsgrundsatz spricht die Parömie aus: „Gott macht den Erben".

Grundlage dieser Testamente nur das Breviar sein kann. Im droit coutumier können wir zwar erst für eine sehr späte Zeit die Geltung des testament olographe erkennen. Jedoch vorher sagen die Coutumes des Nordens überhaupt nichts über Testamente.[1]) Dieses ist daraus zu erklären, dass das neue Recht sich zunächst lokal bildete, und dass später erst die in kleinen Gebieten geltenden Gewohnheiten aufgezeichnet wurden.

Die hier vorgetragene Ansicht über den Ursprung des testament olographe ist keineswegs von jeher anerkannt worden.[2])

Warnkönig[3]) meint z. B., obwohl sich nach seiner Meinung nichts Bestimmtes über die Entstehung dieser Testamentsform sagen lässt, dass sie auf zwei Arten entstanden sein könne.

Der Ursprung des eigenhändigen Testamentes schreibe sich daher, so nimmt er an, dass man ihm dieselbe Bedeutung beilegte, wie jeder Privaturkunde. Denn durch die Nichtanerkennung von Seiten der Interessenten würden die darin Eingesetzten zum Beweise der Echtheit gezwungen.

Meines Erachtens ist diese Schlussfolgerung nicht ganz richtig. Es entspricht völlig allen prozessualen Grundgesetzen, dass jemand, der eine Privaturkunde vorlegt und daraus Rechte herleitet, event. ihre Echtheit zu erweisen hat.[4]) Doch daraus scheint sich mir noch nichts über den Ursprung des testament olographe zu ergeben. Denn aus welchem Grunde legte man dem eigenhändigen Testamente diese Bedeutung bei? Ferner wäre dann auch gar nicht ersichtlich, warum eigenhändiges Schreiben der ganzen Verfügung verlangt wird.

---

[1]) **Brock a. a. O. S. 47.**

[2]) **vgl. jedoch Protokolle zum B.G.B. S. 326 f.**

[3]) **Warnkönig und Stein a. a. O. S. 491.**

[4]) **Zachariae v. Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts 6. Aufl. 4. Bd. S. 254; vgl. auch §§ 439, 440 C.P.O.**

Anderseits hält aber Warnkönig[1]) es für möglich, dass das testament olographe durch eine Ausdehnung des römischen *testamentum parentum inter liberos* entstanden ist.

Abgesehen aber davon, dass zur Zeit der Entstehung des eigenhändigen Testamentes das Justinianische Recht in Frankreich noch gar nicht bekannt war[2]), spricht auch alles andere dagegen.

Die über das Ascendententestament erlassenen detaillierten Bestimmungen sind hier nicht wiederholt. Die Erbteile brauchen nicht mit Buchstaben geschrieben zu werden, die Art der Aufhebung ist nicht besonders geregelt.

Es lässt sich aber auch nicht annehmen, dass das Vorbild des *testamentum parentum* bei Schaffung des eigenhändigen Testamentes massgebend war. Denn jeder Gesetzgeber musste sich darüber klar sein, dass die *ratio legis* beider Arten der letztwilligen Verfügung eine ganz verschiedene ist.[3])

Es ergiebt sich also, dass beide von Warnkönig[4]) über den Ursprung des eigenhändigen Testamentes aufgestellten Ansichten unhaltbar sind.

Daher bleiben wir dabei, dass nicht die Novelle 107, sondern die Konstitution Valentinians[5]) die Grundlage des testament olographe ist.

---

[1]) **a. a. O. S. 492.**

[2]) **S. oben S. 37.**

[3]) **S. unten S. 48.**

[4]) vgl. **auch Pfaff und Hofmann, Kommentar zum Oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Bd. 1. Abt. S. 142.**

[5]) **Ueber die Erklärung der materiellen Unterschiede des testament olographe und des Testaments der Novelle Valentinians s. oben S. 36.**

IV. § 9. Kodifikationen des 19. Jahrhunderts.

1. Die Bestimmungen des „Code civil des Français“ über das holographische Testament enthalten die Artikel 969, 970. Zur Ergänzung dieser dürften die Artikel 895 und 968 von Bedeutung sein; letztere enthalten aber die Vorschriften, welche für alle Testamente gelten, auch für diejenigen, welche „par acte public“ oder „dans la forme mystique“ errichtet sind. Da es sich hier nur um die Besonderheiten des testament olographe handelt, will ich mich — der Artikel 969 sagt uns nur: „Le testament pourra être olographe .....“ — hier auf die Besprechung des Artikels 970 beschränken:

> Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur: il n'est assujeti à aucune autre forme.[1])

Diese Vorschrift stimmt mit dem Rechte der Ordonnance von 1735[2]) überein; ja auch die Fassung lehnt sich durchaus an diese an. Es ist kaum zweifelhaft, dass der Code diese Testamentsform aus dem in Frankreich geltenden Gewohnheitsrechte übernommen hat. Er stellt nur dieselben Erfordernisse auf, wie die genannte Ordonnance, indem er verlangt, dass das Schriftstück ganz von der Hand des Testators geschrieben, von ihm datiert und unterschrieben ist. Erklärlicherweise giebt es über die Auslegung dieser Bestimmung eine Anzahl Streitfragen, welche — für das rheinische Recht — zum Teil vom Reichsgericht entschieden sind.[3])

---

[1]) Zachariae v. Lingenthal a. a. O. S. 250 ff.

[2]) Art. 20 dieser Ordonnance lautet: Les testaments, codiciles et dispositions, mentionnées dans l'article précédent, seront entièrement écrits, datés et signés de la main de celui ou celle qui les aura faits.

[3]) z. B. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 43 S. 378 ff.

2. Das „Landrecht für das Grossherzogtum Baden“ übersetzt diese Vorschrift des Code in Satz 970 so:

> Ein eigenhändiger letzter Wille gilt, wenn er von der Hand des Erblassers durchaus geschrieben und unterzeichnet, auch mit Ort, Tag und Jahr versehen ist; er bedarf keiner anderen Förmlichkeit.

Das Wort „daté“ ist mit „Ort, Tag und Jahr versehen“ wiedergegeben. Das geht über eine blosse Uebertragung hinaus. Denn es ist nicht anzunehmen — wenn es auch üblich sein mag —, dass ein holographisches Testament im Geltungsgebiete des Code immer den Ort der Errichtung angeben muss.[1]) Insofern enthält das badische Recht eine Fortbildung des französischen.

3. Das „Oesterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch“ stellt an das eigenhändige Testament geringere Anforderungen, als die bisher erwähnten Kodifikationen. Nachdem es im § 577 gesagt hat, ein Testament könne „schriftlich“ „mit oder ohne Zeugen“ errichtet werden, erklärt es im § 578:

> Wer schriftlich, und ohne Zeugen testieren will, der muss das Testament eigenhändig schreiben und eigenhändig mit seinem Namen unterfertigen.

Mehr verlangt das österreichische Gesetz nicht, es empfiehlt aber, Tag, Jahr und Ort der Errichtung beizusetzen, weil dies „zur Vermeidung von Streitigkeiten rätlich“ sei.

Trotz der Aehnlichkeit dieser Bestimmungen mit denen des Code bin ich nicht in der Lage, nachweisen zu können, dass auch das österreichische Recht auf Quellen zurückzuführen ist, welche schliesslich bis zur Novelle Valentinians zu verfolgen sind. Vielmehr scheint sich die

---

[1]) **Dazu Zachariae a. a. O.**

eigenhändige Testamentsform in Oesterreich ohne Zusammenhang mit dem römischen Rechte[1]) gewohnheitsrechtlich entwickelt zu haben.[2])

Die österreichische Städteordnung vom 12. März 1526 bestätigt das alte Gewohnheitsrecht ausdrücklich.[3])

4. a) Das „Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen“ kennt die eigenhändige letztwillige Verfügung nur als ausserordentliche Testamentsform. Der § 2115 lautet:

> Eltern, Voreltern und Ehegatten können, wenn sie unter ihren zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Abkömmlingen und Ehegatten letztwillig verfügen, ihren letzten Willen durch einen schriftlichen Aufsatz errichten, welchen sie eigenhändig geschrieben und eigenhändig mit ihren Familiennamen unterschrieben haben, und in welchem die bedachten Abkömmlinge und Ehegatten mit dem Familiennamen und wenigstens einem voll ausgeschriebenen Vornamen benannt und ihre Erbteile oder Summen mit Worten angegeben, auch Ort, Jahr und Tag der Errichtung beigefügt sind.

Diese Bestimmung ist unzweifelhaft dem römisch-gemeinen Rechte entnommen, an das sich bekanntlich das sächsische Gesetzbuch überhaupt in besonders grossem Umfange anlehnte.

---

[1]) Auch in der *Lex Romana Raetica Curiensis* — über deren Zusammenhang mit dem Breviar vgl. Conrat a. a. O. S. 286 ff. — habe ich nichts gefunden, was auf das *testamentum holographum* hinweist.

[2]) Pfaff und Hofmann a. a. O. S. 142.

[3]) Es wird ausser eigenhändiger Schrift und Angabe des Datums nur gefordert, dass „solcher Geschäfftiger, wo er ein eigen Insigel hat, mit seinem Sigel, oder wo er kein eigen Sigel hat, mit seinem Pettschafft-Ring verwahret“ (*Codex Austriacus* Bd. 2 S. 488.)

Abgesehen davon, dass wohl kaum ein anderes Vorbild bestand, ist auch die Uebereinstimmung des Rechtes des § 2115 mit dem der Novelle 107 eine fast vollständige.[1])

Ebenso wie das *testamentum parentum inter liberos* verlangt der letzte Wille unter den zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Abkömmlingen und Ehegatten

a) ein vollständig eigenhändig errichtetes Schriftstück,
b) die Angabe des Bedachten,
c) die Bezeichnung des Datums und
d) die Festsetzung der Erbteile oder Summen mit Worten (d. h. nicht mit Ziffern).

Neu ist das Erfordernis der Hinzufügung des Orts der Errichtung.

Materiell ist eine Aenderung eingetreten. Im sächsischen Rechte ist auch bezüglich des Ehegatten eine solche privilegierte Verfügung zulässig. Ganz erklärlich. Zu Justinians Zeiten und somit im römischen Erbrecht überhaupt gab es — abgesehen von dem Rechte der armen Witwe — keine gesetzlichen Ansprüche des überlebenden Ehegatten auf das Vermögen des Verstorbenen. In Deutschland war es von jeher anders. Entsprechend dem innigen Bande, welches zu Lebzeiten die Ehegatten umschlingen soll, hatten sie in der Regel auch ein gegenseitiges Erbrecht. Das sächsische Gesetz (§ 2049) lässt den Ehegatten zu einem Vierteil neben Abkömmlingen erben. Jemand aber, der nach der Intestaterbfolge von den Abkömmlingen nicht ausgeschlossen wird, sondern neben ihnen succediert, der muss konsequenter Weise auch hinsichtlich testamentarischer Verfügungen dieselben Vorrechte haben, wie Abkömmlinge.

b) Eigenartig, an *codicilli confirmati* erinnernd, ist die Bestimmung des § 2084. Es kann nämlich „der

[1]) **Näher ausgeführt wird § 2115 durch § 2116.**

Erblasser bei Errichtung des letzten Willens zur Bezeichnung des Bedachten oder des Gegenstandes seiner Verfügung auf eine besondere Schrift verweisen", und diese bedarf dann nur der eigenhändigen Schriftform unter Erfüllung der Erfordernisse, welche auch § 2115 verlangt.[1])

5. Das seit dem 1. Januar 1900 geltende „Bürgerliche Gesetzbuch" knüpft offenbar an das französisch-badische Recht an.

Der badische Bundesratsbevollmächtigte befürwortete im Reichstage[2]) die Einführung des privatschriftlichen Testaments, indem er die guten Erfahrungen hervorhob, welche man in seiner Heimat damit gemacht hätte.

In der That beschloss der Reichstag entgegen sämtlichen Entwürfen[3]) die Form des eigenhändigen Testaments in das Gesetzbuch aufzunehmen. Sie ist die einzige Art der Testamentserrichtung, welche zwingendes gemeines Recht ist.[4]) Es heisst in § 2231 wörtlich:

> Ein Testament kann in ordentlicher Form errichtet werden:
>
> 1. . . . . .
>
> 2. Durch eine von dem Erblasser unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung.

---

[1]) vgl. auch § 2083.

[2]) Zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstage. Stenographische Berichte S. 290 f.

[3]) Dazu Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich Bd. 5 S. 257 ff.; vgl. jedoch §§ 2119, 2120 des zweiten Entwurfs.

[4]) Dieses infolge Art. 141 E.G.B.G.B., da hiernach für die Beurkundung des öffentlichen Testamentes die Landesgesetze die Zuständigkeit nur der Gerichte oder nur der Notare bestimmen können, eine Gleichmässigkeit hinsichtlich des Gebrauchs letzterer Testamentsart im Gebiete des B.G.B. also nicht gesichert ist.

Schon sind Streitfragen[1]) über die Auslegung dieser Bestimmung entstanden. Meines Erachtens ist, wie überall bei Formvorschriften, eine strenge Erfüllung zu verlangen. Es muss also z. B. das Datum den Tag der Vollziehung des Schriftstücks, d. h. den der Namensunterschrift, bezeichnen; die Unterschrift muss am Schlusse stehen, so dass sie auch das Datum deckt; dieses muss stets das richtige sein, d. h. es muss den Tag angeben, an dem es geschrieben ist.

Man wird nicht, um irgend eine Verfügung aufrecht erhalten zu können, von der Form etwas nachlassen dürfen.

6. Eine gewisse Form, die streng befolgt werden muss, ist erforderlich,[2]) um dem Testator den Ernst und die Bedeutung seiner Verfügung vor Augen zu führen. Denn sie ist der „Wecker des juristischen Bewusstseins".[3]) Sie ist erforderlich, um den nach reiflicher Ueberlegung gefassten Entschluss von den verschiedenen Entwürfen zu unterscheiden. Denn sie dient „als Stempel des fertigen juristischen Willens".[4])

---

[1]) vgl. Hölder in Iherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 5 der zweiten Folge (Bd. 41 des Jahrb. für die Dogm. des heutigen römischen und deutschen Rechts) S. 303 ff.; Endemann Bd. 3 S. 118 ff.; Brock a. a. O. S. 91, 99; Strohal, Das deutsche Erbrecht S. 61, 62; Mantey in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 641; Entsch. des Kammergerichts vom 24. Dezember 1900 in den Entsch. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichs-Justizamte.

[2]) Protokolle a. a. O. S. 326 ff.; Pfaff und Hofmann a. a. O. S. 133 f.; Zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines B.G.B. im Reichstage a. a. O. S. 289 ff.; Ueber die Bedeutung der Form, ihre Vorteile und Nachteile vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts 2. Bd. 2. Abt. S. 470 ff.

[3]) Ihering a. a. O. S. 498.

[4]) Ihering a. a. O. S. 495.

Ob das eigenhändige Testament dazu genügt, dürfte an sich schon fraglich sein.

Zur Veräusserung des kleinsten Grundstückes kann man sich heute unter Lebenden — meines Dafürhaltens mit vollem Recht — nur durch gerichtlichen oder notariellen Vertrag verpflichten.[1])

Durch die letztwillige Verfügung aber erhält das ganze Vermögen einen anderen Herrn, und doch verlangt das Testament nur eine viel leichtere Form, als jeder Grundstücksverkauf.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die für die Regel im Gesamtinteresse des Volkes erwünschte Erbfolge die gesetzliche ist, und dass diese „billigen und vernünftigen Grundsätzen" entspricht.[2]) Daher besteht an sich gar keine Veranlassung, die Errichtung letztwilliger Verfügungen zu begünstigen. Vielmehr aber noch giebt der Umstand zu Bedenken Anlass, dass das holographische Testament gar leicht gefälscht, verfälscht oder unterdrückt werden kann.

Es ist zwar erklärt worden, dass diese Testamentsform sich in den bisherigen Geltungsgebieten gut bewährt hatte. Jedoch, wer vermag zu sagen, in wie vielen Fällen der Wille des Testators nicht oder nur teilweise erfüllt worden ist! Darüber könnten doch nur die Erblasser selbst Auskunft geben.

---

[1]) § 313 Satz 1 B.G.B., die Bestimmung des § 313 Satz 2 dass ein „ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag" durch die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch gültig wird, bedeutet keine Ausnahme von Satz 1, da eine rechtliche Bindung zur Veräusserung durch den nichtgerichtlichen Vertrag ja noch nicht entstanden ist. Der nicht gerichtlich abgeschlossene Vertrag wird dadurch, dass in der Auflassungserklärung auf ihn Bezug genommen wird, ein Teil des Auflassungsprotokolls (§ 176 II R.F.G.G.). Es fällt somit hier der obligatorische und dingliche Vertrag zusammen.

[2]) Protokolle a. a. O. S. 328.

Diese Erwägungen treffen nur bei dem eigenhändigen Testamente als ordentlicher Form der letztwilligen Verfügung zu. Denn als solche verfolgt es ganz andere Zwecke, wie als ausserordentliche Testierform.

Das *testamentum parentum* -- bezw. das eigenhändige Testament des sächsischen Gesetzbuchs — sollte gerade den gesetzlichen Erben erster Ordnung Vorrechte einräumen, während durch das *testamentum Valentinianum* oft die Rechte der Intestaterben gekürzt werden sollen.

Anderseits ist nicht zu verkennen, dass das eigenhändige Testament einen hohen Kulturzweck verfolgt.

Oft besteht ein dringendes Bedürfnis, von der gesetzlichen Erbfolge abzuweichen; es ist dies namentlich beachtenswert, da nach Bürgerlichem Gesetzbuche ja auch die Verwandten des entferntesten Grades Intestaterben sind.

Es kann der Billigkeit entsprechen, dass in einer kinderlosen Ehe die Ehegatten sich gegenseitig zu Erben einsetzen; oder dass jemand, der sonst dem Erblasser sehr nahe gestanden, der sich grosse Verdienste um ihn erworben hat, einen entfernten Verwandten, welchen der Erblasser im Leben nie gesehen hat, von der Erbfolge ausschliesst.

Doch die Kosten der Testamentserrichtung und die damit verbundenen Umstände halten häufig den Erblasser von einer solchen ab.

Zuweilen möchte auch der Testator niemanden wissen lassen, dass er testiert hat.

Schliesslich aber — und das ist besonders wichtig — ist jeder, welcher krankheitshalber oder aus anderen Gründen sich ausser stande sieht[1])[2]), in der öffentlichen

---

[1]) **Gedacht ist nur an die Fälle, in welchen es dem Testator auch nicht mehr möglich ist, die Ankunft eines herbeizuholenden Richters oder Notars abzuwarten.**

[2]) **S. dazu auch über das „Testament eines Verschütteten", Weyl in der deutschen Juristen-Zeitung 6. Jahrgang 1901 Nr. 22 S. 501.**

Form letztwillig zu verfügen, doch noch in der Lage, seinen letzten Willen zur Geltung zu bringen.

So soll das eigenhändige Testament der Lösung wichtiger Aufgaben dienen.

Wünschen wir, dass es dieser Erwartung seiner Verteidiger in einer solchen Weise entspricht, dass man leichteren Herzens über die mit ihm verbundenen Mängel hinwegsieht.

Lebenslauf.

Ich bin am 9. September 1878 zu Wollstein, Provinz Posen, als Sohn des Kaufmanns Wasser und seiner Ehefrau Jenny geborenen Wreschner geboren. Den ersten Unterricht erhielt ich in meiner Vaterstadt. Später besuchte ich in Posen das dortige Königliche Marien-Gymnasium und verliess dasselbe Ostern 1897 mit dem Zeugnis der Reife zur Universität. Ich begab mich zunächst nach Heidelberg, hörte ein Semester medizinische Vorlesungen und widmete mich sodann in Heidelberg und in Berlin dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Die erste juristische Prüfung bestand ich am 12. November 1900 in Breslau, das *examen rigorosum* ebenda am 23. November 1900. Zum Referendar ernannt, wurde ich dem Amtsgericht Bentschen überwiesen und demnächst an das Landgericht Posen versetzt.

Während meiner Studienzeit besuchte ich die Vorlesungen und seminaristischen Uebungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Affolter, Bekker, Berner, Bornhak, Brunner, Crome, Dambach, Dernburg, Eck, Kuno Fischer, Gierke, Heymann, Hübler, Kahl, Kaufmann, Kleinschmidt, Kohler, Leser, von Liszt, von Martitz, Mendel, Oertmann, Paulsen, Pernice, Rehme, Reinhold, E. Schmidt, Schröder, Skrzeczko, Thode, Wagner, von Willamowitz-Moellendorf.

Allen diesen meinen verehrten Lehrern, insbesondere dem Herrn Professor Dr. Jörs, welcher mir für die Anfertigung dieser Arbeit wertvollen Rat erteilt hat, sei an dieser Stelle herzlich gedankt.